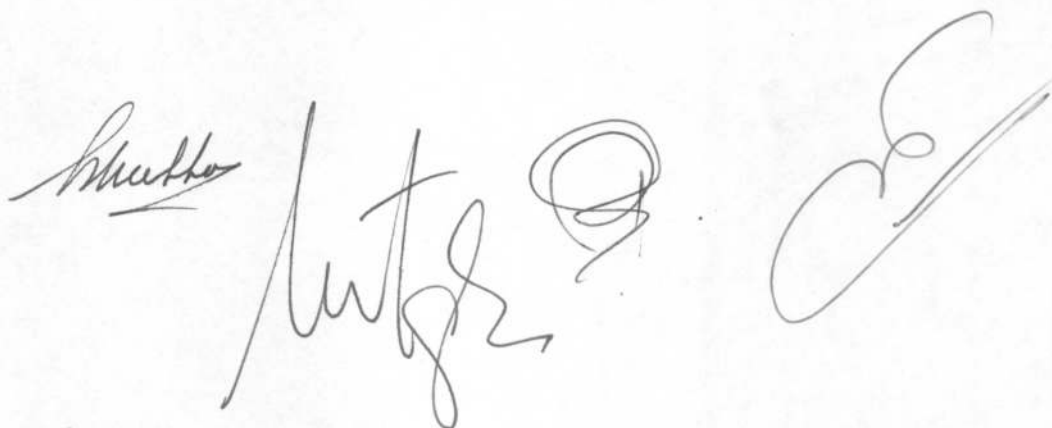


LORENA DEL CARMEN CAMMUSO



*LA ECONOMÍA DE MERCADO Y LAS PRÁCTICAS DESLEALES
EN EL DERECHO ARGENTINO Y EN EL DERECHO
COMPARADO*

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Maestría en Derecho Privado Económico

Universidad del Salvador

2005

“...La Defensa de la Competencia es un elemento tan importante que si se lo independiza del resto de la política económica, se corren riesgos gravísimos...”

de Roberto Lavagna

en el Tribuno de Jujuy del jueves 18 de agosto de 2005.-

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

ÍNDICE

Prefacio

I.- La Triple Autorregulación Social del Siglo XXI

1.- La Economía de Mercado	1
2.- El Estado Democrático	2
3.- Redes de Solidaridad Voluntaria.....	3

II.- La Protección de los Mercados y la Competencia en la Constitución Nacional

1.- Constitución Nacional	
2.- El Mercado como Bien Público y Verdadera Garantía Institucional.....	6
3.- Amplitud de la Protección emanada del Art. 42 de la Constitución Nacional – Tipos de Mercados – Tratados Internacionales.....	9
4.- Marco Normativo del Mercado – Su Importancia	12
5.- Mecanismos de Control de los Mercados Competitivos	13
6.- Integración del Derecho Público y Privado a la hora de dar respuestas satisfactorias a los complejos aspectos que presenta la Economía de Mercado.....	17

III.- Ley de Defensa de la Competencia – Antecedentes – Algunas nociones preliminares: Competencia y Posición Dominante – El Interés Económico General y la Eficiencia Económica.....

IV.- Las Formas del Accionar Desleal en Estados Unidos, Europa y Argentina

1.- Prácticas Horizontales Colusivas.....	24
2.- Prácticas Horizontales Exclutorias	33
3.- Prácticas Verticales.....	39
4.- Prácticas Explotativas y Discriminatorias.....	43
5.- Concentraciones Económicas en la Argentina.....	49

V.- Comentarios sobre la Reglamentación de la Ley de Defensa de la Competencia.....

1.- Las Conductas del artículo 2 de la L.D.C.....	56
2.- Normas sobre Control Previo de Fusiones y Adquisiciones	57
3.- Elección de los Miembros del T.N.D.C. y el Procedimiento seguido ante el mismo.....	59

4.- Tribunal de Alzada de las Decisiones del T.N.D.C.....60

VI.- ¿Ausencia de Control y Revisión en materia de Defensa de la Competencia? – Un Temor Fundado - ¿Derecho a la Pancarta?

1.- El Caso61

2.- La Problemática.....62

3.- Necesidad de encontrar soluciones.....63

VII.- La Libertad de Competencia y la Defensa de los Consumidores.....64

Conclusión.....67



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

PREFACIO.-

Comenzamos estas consideraciones atrayendo nuestro pensamiento directamente al derecho y la tutela brindada a la defensa de la competencia, mas prontamente descubrimos no sólo la vastedad del tema (refiriéndonos tanto a conceptos teóricos fundamentales como a la aplicación de los mismos en la práctica de los mercados) sino la trascendencia y, por eso mismo, necesaria estrechez de la "interrelación" de diferentes ámbitos (económico, sociológico, político, axiológico, etc.) para explicar acabadamente, y sin pretender lograr un análisis exhaustivo, el complejo sistema de derechos y obligaciones que conforman la economía de mercado, las principales prácticas anticompetitivas sancionadas normalmente por el derecho de la competencia y el peso estratégico de las "**decisiones políticas**" en el crecimiento de las economías nacionales y en términos de satisfacción del bienestar general y ello tanto desde una "**política de comportamiento**"¹, que busca la represión de la conducta violatoria de alguna norma por algún agente económico, como desde una "**política estructural**"², que **hace** defensa de la competencia antes que se produzca la acción considerada nociva.-

A su vez, y ya desde un enfoque jurídico, la ley de defensa de la competencia se entrecruza con otras normativas tales como la *Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial*, *Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor*, *Ley Nº 24.481 de Patentes de Invención*, *Ley Nº 24.766 de Confidencialidad sobre Información y Productos*, etc. que, en franca ligazón, protegen aspectos diferenciados pero conexos, de tal modo, que una misma conducta puede ser sancionada por las normativas relacionadas y todas bajo el resguardo supremo de la **Constitución Nacional**, fundamentalmente sus Arts. 42 y 43, propendiéndose no a una mera adecuación tanto de la legislación como de las acciones de gobierno a la **Carta Magna**, sino a una verdadera "**maximización u optimización**"³ en el desarrollo de las mismas.-

Entendiendo al mercado como un bien de "**carácter público**", verdadera "**GARANTÍA INSTITUCIONAL**", que debe tutelarse y promocionarse precisamente en aquellos ángulos

¹ "**Defensa de la Competencia – Análisis Económico Comparado**" de Germán Coloma; Ed. Ciudad Argentina; Bs. As. – Madrid; 2003; p. 14 y sigs.-

² *Idem obra supra citada.-*

³ "**Respecto del valor y el sentido de los principios en derecho constitucional, puede sostenerse que: "Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas" y por ello se consideran un mandato de optimización**" extraído del trabajo "**La Protección de los Mercados y la Competencia en la Constitución Nacional**" de Ernesto Cionfrini; D.J. 2000-2-305 y expuesto por Alexi, Robert en su obra "**Teoría de los Derechos Fundamentales**", p. 87 y sigs. en la versión de Garzón Valdés, E.; Ed. del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.99.-

críticos que arrojan resultados disvaliosos para la economía y el ser humano en general, identificando y combatiendo las prácticas distorsivas que impiden el desarrollo de los mercados competitivos o desafiables, con una visión globalizadora que nos lleve a hacer un "inside" para saber dónde y cómo estamos parados y cuáles son los pasos a seguir, y con una intervención del Estado que, a través de un seguimiento pormenorizado de los efectos de sus decisiones en el mercado impartidas con la destreza de un artista, es que se llegará al desarrollo pleno del ser humano en su sentido más amplio y en los roles que le toque desplegar, sea como empresario, consumidor, competidor, estratega, etc.-

Así como no podemos dejar de elogiar las bondades de una legislación que fue "aggiornandose" en sus conceptos (Interés Económico General y Eficiencia Económica; tránsito de la calificación del acto prohibido de "acto ilegal per se" a un "criterio de razonabilidad" inspirado en la jurisprudencia estadounidense, etc.) como el trabajo de quienes tuvieron a su cargo la magna tarea de resolver las denuncias de prácticas anticompetitivas que se les formulaban, también creemos nuestro deber poner de manifiesto, a nuestro juicio, las carencias del sistema todo, sea de las acciones u omisiones de los gobiernos, tanto nacionales como provinciales, sea insertas en la misma legislación para propender directamente a su reforma (por ej. la cuestión referida al control y revisión de las decisiones en materia de defensa de la competencia en la que se planteó la posible tutela por el derecho sólo en lo que nosotros hemos dado en llamar "derecho a la pancarta", etc.).-

Tenemos en claro y así lo dejamos propuesto, como eje central del presente análisis, que si bien el derecho no puede, particularmente en esta materia, prescindir del perfil económico de la persona humana, **"...el análisis económico debe someterse por el jurista a la crítica axiológica, partiendo de los valores fundamentales de humanidad y dignidad y atendiendo a la justicia, equidad, seguridad, orden y paz social. Por ello los criterios de eficiencia y maximización de la riqueza son insuficientes, por sí solos, para fundar soluciones jurídicas"**⁴.-

⁴ Palabras premonitorias que parecen haber anticipado nuestra realidad extraídas de las "XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en Bs. As., Universidad Notarial, 1991.-

I.- LA TRIPLE AUTORREGULACIÓN SOCIAL DEL SIGLO XXI¹.-

La autorregulación de la sociedad de hoy y del mañana se desarrolla en el marco de tres sistemas complementarios que se desenvuelven y se integran, con sus ventajas como con sus imperfecciones, en una constante "*vocación de progreso*" que requiere de todo el esfuerzo creativo del genio humano, a saber:

1.- La Economía de Mercado: de un intercambio aislado ha llegado a una nueva economía, la "*economía del siglo XXI*", de la mano de la acción globalizadora que sacudió a la humanidad con los mercados financieros, la red Internet y la instauración de una nueva dinámica humana.-

Así como de un intercambio agrícola se pasó a la era industrial, hoy surge el nuevo poder del conocimiento y de las tecnologías de la información (el comercio electrónico aun representa sólo el 1% de los intercambios comerciales en los Estados Unidos).-

Su motor es la "satisfacción de las necesidades de los hombres", ésto es, la *utilidad*, a través de un intercambio libre, fundamentalmente "**creador de valor**", aun valioso en el desarrollo desigual de las naciones, en un proceso de autorregulación que algunos autores clásicos representaron con la figura de la "*mano invisible*"² y que hoy requiere de dos conceptos fundamentales:

- **La oferta innovadora:** que defina un producto deseado por la demanda del consumidor, la que asumirá el control y permitirá la adaptación de esa producción a la demanda.-
- **El empresario creativo**³: que tras una larga ausencia aparece como el "*individuo que, asumiendo los riesgos, se compromete de manera firme apostando a un rendimiento sobre la inversión (Cantillon)*". Turgot lo ve cual "*el proveedor del capital...de la materia prima indispensable para la actividad de producción*". Es Jean-Baptiste Say, quien retomando los análisis de Cantillon y Turgot, hace del empresario el eslabón esencial de la dinámica capitalista definiéndolo como el hombre económicamente libre y generador de riquezas.-

¹ "*La Nueva Economía del Siglo XXI. Las 28 Reglas del Juego*" de Octave Gélínier y Emmanuel Pateyron; Ed. Paidós Empresa; p. 23 a 62 (Primera Parte).-

² "*La Protección de los Mercados y la Competencia en la Constitución Nacional*" por Ernesto Cionfrini; DJ 2000-2-305, p. 306.-

³ Sin haber sido formalizado, el concepto de empresario estaba muy presente en el pensamiento de la Ilustración (s. XVIII). Los filósofos de ese período predicaban ser ellos mismos empresarios: por ejemplo, la Enciclopedia constituyó una gran empresa; mas los actores económicos, como átomos o agregados, no hacían más que obedecer leyes deterministas que no permitían ninguna iniciativa (pensamiento económico inspirado en el esquema entonces imperante de Newton).-